IESVS, MARIA, IOSEF.

IN PROCESSV IOANNIS DE ARCAS, SVPER APPREHENSIONE LOCI DE ALFOCEA.

In Articulo Iurisfirmarum.

Por Don Pedro de Altarriba señor de Huerto.



IENDO Doña Isabel Diez de Aux, señora del lugar de Alfocea, el año de 1546. antes de contraer matrimonio lo vendiò a Don Pedro de Altarriba señor de Huerto, y para despues de sus dias a su hijo Don Francisco, y a sus hijos legitimos y naturales, y descendientes de aquellos legitimos successores en el mismo Castillo, y Lugar de Huerto, *y a quien vos, y ellos mas querreis respectiue*, con diuersas condiciones y vinculos, la primera fue, que lo huuiesse de posseer la vendedora durante su vida; la segunda, que en caso que ella tuuiesse hijos, aquellos y sus descendientes succediessen perpetuamente en el dicho lugar. La tercera, que ella, sus hijos, y descendientes tengan libre disposicion para si, y sus hijos y descendiẽtes cada vno en su caso en los bienes que vendia. La quarta, que en falta de hijos pueda disponer hasta la cantidad de mil ducados de oro como le pareciesse, y

con que los compradadores tuuiessen obligacion de pagar las pensiones de Censales y treudos, y en caso de luicion las propiedades que se hallassen cargados sobre dichos bienes a fauor del padre, y hermano de la dicha vendedora; y esto por precio de trecientos mil sueldos Iaqueses, el qual otorgò auer recebido, y el dicho Don Pedro por si, y en nombre de su hijo aceptò la vendicion.

Despues Doña Isabel casò con Don Carlos Fernandez de Heredia Conde de Fuentes, y tuuo en hijo a Don Luis, y estando casada hizo vn codicilo a su testamento, y con atendencia de aquella vendicion, y calendandola, dize, que se guarden las reseruaciones, vinculos, succesiones y condiciones en ella expressadas, como en ella se contiene: y encarga al dicho señor de Huerto, que si en lo que ordenaua en su testamento y codicilo excedia mas de lo que se reseruò en la vendicion, en falta de bienes de la testadora, lo cũpliesse de los suyos, y dexò heredera a Doña Isabel de Altarriba, hermana del dicho Don Francisco, con cuyo testamento, y codicilo muriò, sobreuiuiendole su hijo Don Luis, y el dicho Don Francisco sobrino suyo: despues muriò Don Luis abintestato, sin hijos, ni descendientes, con que se verificò el caso de llegar a tener efecto la vendicion.

Pero sin embargo, que la dicha Doña Isabel Diez de Aux dispuso del dicho Lugar de Alfocea, ansi por contrato, como por testamento a fauor de los dichos Don Pedro, y Doña Francisca, de quien es legitimo descendiente y sucessor el señor de Huerto, mi parte; auiendose aprehendido aquel Lugar el año 1581. a instancia de Iuan de Arcas, por vn censal otorgado por los dichos Don Carlos de Heredia, y Doña Isabel: dio alli proposicion con dominio Doña Esperança Diez de Aux, como legitima succesora abintestato del dicho Don Luis, y en replicas excibio, que la vendicion se auia otorgado en fee y confiança, con lo que le parecio conjeturar de las dichas reseruas y vinculos que en ella se pusieron; y en particular, porque el dicho Dõ

Pe-

Pedro de Altarriba,padre de Don Franciſco , el año 1554.
la cancellò , diziendo, reconocia y confeſſaua por ſi , y los ſuyos,que fue hecha y otorgada por ciertos fines y reſpectos,en fee, y por cubierta , y a beneficio de la dicha Doña Iſabel,y que no auia pagado el precio que en ella ſe dezia, ni otra coſa alguna , y que qualquier drecho que ſe le huuieſſe adquirido , ò que deſpues de los dias de aquella ſe le pudiera adquirir,lo renunciaua y transferia en ella,y que el Notario la barreaſſe , y cancellaſſe como ſino huuiera ſido hecha,ni otorgada, obligandoſe a no contrauenir largamẽ dote. Don Franciſco dio tambien ſu propoſicion con el dominio,ſin tener otro titulo que el que ſe le adquiriò y competia por la vendicion y codicilo,y ſer ya muerto ſu padre D.Pedro. La qual le fue admitida,y ſe confirmò en la Corte por eleccion de firma,dandola por buena y verdadera.

Paſsòſe el proceſſo al articulo de firmas, donde en ſuſtãcia ſe deduxo lo miſmo que en el de lite pendente , y por auer muerto en eſte tiempo Don Franciſco, y dicha Doña Eſperança , oi ſon partes colitigantes Aguſtin Batiſta Serõ,y el ſeñor de Huerto,aquel como ſuceſſor de Doña Eſperança,y del dicho Don Franciſco,eſte,que ſolo con pretender la ſuceſsion por contrato,corroborada con el codicilo de la dicha Doña Iſabel, y con llamamiento propio en fuerça del vinculo , ò fideicomiſſo perpetuo que ella puſo; ha de preferir a Aguſtin Batiſta,que entiende ſuceder abinteſtato,cum donec teſtamentariæ datur locus,non eſt aperienda via ſuccedendi abinteſtato,*l.nec is 17.§.vlt.l.quãdiu 39.de acq.hæred.l.quamdiu 89.de R.I.*

Quibus ſic in facto ſuppoſitis, quamuis vti compertum habeam ſi ad I.C.ſocij cariſsimi reſponſum,eiuſdemq; cauſæ eruditiſsimi Aduocati aliqua addere coner,me ſuper vacuis laboraturum impendijs,ac ſi ſolem facibus certem adiuuare,*cap.ſi omnia 6.q.1.* Attamen vt clientis noſtri votis obtemperem , veluti poſt diſſertiſsimum meſſorem ſpicas colligens.quæ mihi iuri conſentanea eſſe placuerint,in medium

dium

dium afferam, ex tribusque potissimis rationibus iustitia, foueam.

La primera, porque este pleito se juzgò en la lite pendẽte por el titulo, por ser bienes de difunto y vinculados, y ansi ha de obstar en este caso la excepcion de cosa juzgada; por el *Fuero a vezes, de apprehensio.* cui iungi solet *for. 2. incipit cobdiciando eod. tit.* supuesto que los bienes no se restituyen al que probare mejor possession, iuxta *for. item por dar forma 23. illo titulo*, quod est dicere de actuali insistentia & detentatione corporali, iuxta *tex. in l. si quis ante in fin. de acq. poss.* & obseruat *Bardaxi*, sino al que tuuiere mejor titulo, ibi: *No pueda obtener en el juizio possessorio, si el otro tendra mellor titol*: con que parece superfluo passar a tratar en otro articulo de lo mismo que en la lite pendente se tratò, y que ya passò en cosa juzgada, y mucho menos al de firmas, que se llama plenario possessorio, ex *foro por quanto*, ibi: *En el articulo de la lite pendente, y en el iudicio possessorio de las firmas*, cum si verum esset sequeretur inde, quod non hic iudicaretur ex rigore ipsius vinculi siue tituli, sed ex mera possessione, vel actuali insistencia, seu detentatione.

tratese in cortes y remediese si pareciere incombeniente y lo mismo se puede decir respeto de la propiedad

Y aunque el mismo Fuero *a vezes*, lo llama a este juizio possessorio, ibi: *No pueda obtener en el iudicio possessorio*, que nunca perjudica al de propiedad, ex *l. 3. §. nihil commune, de acq. poss.* pero como en el se juzga solo por el titulo, sin hazer quenta de la possession, es como si fuera de propiedad: lo qual confirma nuestro Practico *Miguel del Molino in verb. Apprehensio, ad d. for. fol. 28. col. 3.* donde dize, que aquel Fuero antes estaua situado sub *Rub. del que ocuparà bienes de algun difunto*, y que aquellas palabras se entienden del juizio de aprehension, que es el medio mas comun que en este Reino se platica, para vendicar los bienes sitios. *Nec obstat* (inquit) *dicta verba dicti fori, ibi, en el iudicio possessorio, quia enim ista verba sumũtur hodie de foro, pro iudicio apprehensionis, &c.* y por esso se passò a es-

ta otra Rub. y ansi con este Fuero no se aplican las reglas, y disposiciones Forales, ni del drecho, porque este es especial, y se desuia de todas ellas, *Mol.* ibidem col. 4. *Et est ratio secundum eos, quia cum iste forus, A vezes, ponat casum specialem, & exorbitantem à regulis foralibus, & à regulis iuris, videlicet quod in iudicio apprehensionis posit quis obtinere cum solo titulo, nulla probata possessione contra realiter, & actualiter posidentem*, & alibi pasim.

Con que cessa en este Reino la disposicion de la *l. cum hæredes in prin. de acq. posses.* porque por estatuto, o lei se puede hazer que la possession del difunto passe absque aliqua apprehẽsione en el heredero, como de Castilla, y de otras Prouincias lo nota *Ant. Gomez ad l. 45. Tauri in in prin. & num.* 111. & 118. *cum. seqq.* y lo vemos en Aragon por este Fuero; y tambien en los contratos quando se dize en el instrumento, ex *Foro vnico de acq. poss.* y essa es la principal causa, porque aqui se ha de juzgar forçosamente por el titulo, pues al que no le tiene, la possession sola adhuc in isto articulo, no le aprouecha cum ipso iure dicatur iam translata in hæredem, vel substitutum, y para ver en quien pasò, de necesidad se ha de aueriguar el titulo, & de similibus statutis translatiuis possessionis facit tex. celebris & singularis in *l. Raptores 53. §. si verò, cum glos. verbo possessionem, C. de Episcopis, & Clericis*, tractat *Benedict. in cap. Raynucius, in verbo mortuo, itaq; testatore 2. n. 66. Tiraq. in tract. le mort, & c. fere per tot. & in præf. p. 5. declarat. 1. & seqq.* nonnulla *Cancer lib. 2. cap. 7. num. 36. & seqq. Ant. Gabr. de acq. posses. concl. 7. & 9. Matienzo, & Azeuedo super l. 8. tit. 7. lib. 5. nouæ recopil. Christophor. de Paz in tract. de tenuta tom. 1. cap. 6. & 7. & tom. 2. cap. 41 Ias. cons. 85. vol. 3. Plot. de in lit. iurando, §. 3. num. 22. cũ seqq. Menoch. de recup. pos. rem. 1. n. 347. & de retin. rem. 3. num. 59. Ruin. cons. 56. nu.* 1. *vol. 4. Mol. de Hisp. primog. lib. 3. cap. 13. Port. in tract. de consortib. cap. 20. num. 9. & in Scholijs ad Mol. §. Apppehensio el 1. n. 41. 42. & 43.*

B Ni

Ni es nueuo en drecho, que los remedios possessorios ad mixtam causam proprietatis habeant, vt in interdictis possessorijs est tex. in *l.2.§.quadam, ff. de interdictis*, vbi *D.D. & in d.l.naturaliter, §.nihil. commune de acq.possess. Garcia de nobilit. glos.1.§.1.& seqq.* quæ ita dicuntur quoniã ad ipsam possessionem consequendam per merita, & iustitiam ipsius proprietatis peruenitur, vt in tributis, viduitate, in iure luendi, & in beneficialibus, iuxta *For. por quanto de Apprehensio.*

Si bien con esta diferencia, que quando en el juizio sumario possessorio se ofrece tratar del titulo, y se mezcla cõ la possession, regularmente basta que incidenter se prueue, vel quod sit titulus coloratus, y entõces entenderia que no se perjudica a la propiedad, ni estoruarà que mas plenamẽte en otro articulo se auerigue, optime *Molin. de Hisp. primog. d.cap.13. num.22.* subdens, *Quarto etiam infertur, quòd quamuis sententia lata in iudicio possessorio, regulariter non pariat exceptionem rei iudicatæ in petitorio, iuxta iura vulgaria, sententia tamen lata in hoc iudicio possessorio* (habla en nuestros mismos terminos, y en successor de mayorazgo, y que la causa se juzga por el titulo) *pariet exceptionem rei iudicatæ in petitorio, ex eo quod annexam habet proprietatis causam. Sententia namque lata in iudicio possessorio habente annexam causam proprietatis pariet exceptionem rei iudicatæ, ac si in petitorio lata fuisset, vt opinatur Bart. in d.l.naturaliter, §.nihil commune n.4. Cuius opinionis sequtus fuit Ias. ibi num.54. plura in eius comprobationem adducens, quamuis Alex. ibi. n.76. distinguat inter possessorium in quo tractatur principaliter de proprietate: & possessorium in quo de illa tantum incidenter discutitur.* Y aqui en nuestro caso tan principalmente se ha de tratar del dominio, que al que le prueua se le adjudican los bienes, aunque nunca los aya posseido ni visto, y queda despojado el que verdaderamente los estaua posseyendo, aun teniendo para ello algun justo titulo. *Idẽ Mol.*

fol.29.col.4. ad fin. ſubdens: *Si ego qui ſum alius opponens, intra tempus Fori obtuli meam propoſitionem in qua deduxi, & allegaui dicta bona apprehenſa mihi pertinere per mortem alicuius ab inteſtato, & beneficio fori iure vinculorum aut alias, & ſic deducendo titulum ſucceſsionis defuncti, & miniſtraui informationem debite, & iuxta forum de meo meliori titulo in bonis apprehenſis, & in cedula replica allegauero quod talis proceſſus, ſeu cauſa debet iudicari per titulum iuxta d.for. A vezes, tunc licet alius qui fuit appellitans, aut alius quicumque probet ſe poſſediſſe actualiter rem apprehenſam cum iuſtis, & iuſtiſsimis titulis, tamen ego qui ſucceſsi in bonis defuncti apprehenſis debeo obtinere cum meo titulo, & cum mea poſſeſsione momentanea contra actualiter poſsidentem.* Hactenus ille. Y oi hallo mayor razon para que aquella ſentencia obſte, por auer ambas partes, Don Franciſco, y Doña Eſperança litigado ſobre el titulo; la vna por la vendicion; y la otra por la ſucceſsion abinteſtato de Don Luis, y que lo meſmo pretenden ſus ſucceſſores, el ſeñor de Huerto, y Aguſtin Batiſta. Y por el *Fuero 4. y 5. de apprehenſio.* tambien ſea quitado la poſſeſsion momentanea que ſe requeria, por las razones que alli refiere *Bardaxi in com.* con que ſolo le queda el nombre de juizio poſſeſſorio, ò ſumario, pues en lo que ſe trata en el efecto, y execucion, es juizio de propiedad, ni ai para que tratar de la poſſeſsion cum in vim fori transferatur in ſucceſſorem, abſque aliquo actu vero, vel ficto omnis, tam naturalis, quam ciuilis, vt punctim docet *Seſſe in tract. de inhibitio. cap. 6. §. 1. num. 23. & cap. 20. §. 1. num. 34.* y anſi le baſta articular al que da propoſicion, como ſuceſſor por el vinculo, ò de otra manera, que no le turben, ni moleſten en ſu poſſeſsion, ſin que tenga neceſsidad de probarla, ſi ſolo el ſer heredero, ò ſucceſſor, como lo reſueluen *Mol.* y todos los Practicos en eſte punto.

Y ſiendo el de firmas juizio tambien de poſſeſsion, mas

ſin

ſin dificultad parece que procederà nueſtro intento, como lo aduierte *Molina en el Fuero Declarando, de apprehenſio. fol. 36. col. 2.* alli dize, que quando vno ha obtenido ſentencia por el titulo, aquella embaraça que paſſe el proceſſo de lite pendente al de firmas, ibi videndus, y dà la razon en la col. ſiguiente, in princ. *Quia ſi tranſitus deberet fieri per proceſſum iurisfirmarum, ſequeretur inconueniens, quod etiam ſi dictus D. Ioannes de Aragonia obtineret in proceſſu iurisfirmarum illico haberet reſtituere dicto Tolon, qui iam obtinuerat in proprietate, & ſic talis victoria nihil ſibi prodeſſet, & nullius eſſet effectus.*

La ſegunda razon en q̃ ſe funda la juſticia del de Huerto (caſo que proceda el boluer V.S. a tratar della) es, que eſta vendicion ſe hizo a Don Pedro de Altarriba, y para deſpues de ſus dias a Don Franciſco ſu hijo, y a ſus hijos legitimos y naturales, y deſcendientes de aquellos legitimos. Deſuerte, que todos eſtos adquirierõ drecho iure proprio, como ſi a cada vno a ſolas, ò en particular ſe le huuiera vẽdido *Mol. de Hiſp. Primog. lib. 1. cap. 1. num. 17.* ibi: *Acſi vnicuique eorum nominatim, atque ſpecifice facta fuiſſet vnaquaque donatio, ſubſtitutio, legatum, ſeu prælegatum, &c.*

Sin que obſte aquel reconocimiento que Don Pedro hizo, porque en el, ni de otra manera no pudo perjudicar a ſu hijo, ni a los demas ſucceſſores, pues de aquella diſpoſicion, aunque el precio ſolo ſea vno, reſultaron tantas vendiciones como perſonas eſtauan llamadas, ò comprehendidas, *Molina vbi proximè, & in eod. lib. cap. 4. num. 16. Non enim* (inquit) *eſt mirum ſi ex vnica diſpoſitione, ſeu etiam ex vnico verbo plures donationes, ſeu ſubſtitutiones exoriantur.* Y tambien vemos, que vn decreto, licet indiuiduum ſit, admite diuiſion, reſpectu perſonarum, rerum, & iurium cauſarumne. Y en terminos de compra y venta hallamos, que dos in ſolidum pueden comprar vna miſma coſa, ſegun la inteligencia de la lei *liberis 7. §. ſi duo, de libe-*

berali causa, con la *lei fin. quibus ad libertatem proclamare non licet*, vbi, & si contingat ex parte vnius venditionem non valere, tota res alteri acquiritur, nec tum vtile per inutile viciatur; y como aqui Don Francisco ex propria persona, absque aliqua restitutione fue llamado, y era comprador, sino es concurriendo en aquel acto, no pudo el padre quitarle el drecho que le competia ex regula *id quod nostrum de R. I.* y lo mismo fuera aunque ambos concurrierã respeto deste q̃ oy es señor de Huerto, que tambien estaua llamado y comprehendido, porque como dixo lindamente *Mol, verbo frater qui habet bona, fol. 162. col. 3.* vbi *Port. num. 9.* para que valgan semejantes renunciaciones, o agenaciones han de consentir todos los interesados, y ansi solo tuuo efecto durante la vida de Don Pedro.

Y esto sin embargo que Don Francisco aya sido su heredero, y aceptado la herencia, *ex Sesse decis. 185. n. 17. Casanate cons. 38. num. 16. Port. in tract. de consort. cap. 23. à num. 22.* Pues el principal motiuo en que se fundan las dotrinas es, porque el testador por si, y sus herederos se obligò al cumplimiento, y a la euiccion, y lo que por vn medio recuperasse se lo podrian quitar por otro, intentando accion contra el por los bienes libres q̃ possee del difunto, q̃ estan hipotecados, como elegantemente lo considerò el Emperador in *l. si ob causam 13. C. de euictio*, ibi: *Frustra ab ea quæ condemnata est, vel quæ in eius locum successit eorum refertur quæstio, &c.* & ex regula quem de euictione, &c. Este inconueniente no se aplica en nuestro caso, por que como Doña Isabel hizo vendicion a Don Francisco para despues de los dias de Don Pedro, por pedir, ni cobrar Don Francisco lo que a el se le vendiò, no les resultò acciõ a los herederos de Doña Isabel contra los de Don Pedro; antes bien, al contrario, los de Doña Isabel son los que siẽpre estan obligados a la seguridad de aquel contrato; porque extincta, ò cancelada la vendicion que se hizo a Dõ Pedro, en muriendo èl, entraua la que se hizo a Don Fran-

cisco, y ansi de vno en otro en todos sus descendientes y successores en el Castillo y Lugar de Huerto, de la manera que si en cada vno de aquellos casos, ò tiempos de nueuo se hiziera y otorgara, tot enim, quot personæ venditiones sunt ex clara, atque enixa voluntate contrahentium, & si vnico precio & actu celebrentur, optimè *Surd. decis. 176. num. 8. ibi: Nam tot sunt venditiones quot res l. cum eiusdē, ff. de ædilitio edicto, & tot stipulationes quot res l. quod dicitur, ff. de verb. oblig. & tot sententiæ quot capitula, l. etiam, §. 1. ff. de minor. dixi in cons. 101. num. 40. cons. 150 num. 112. & tot censentur contractus, quot sunt personæ quæ contrahunt, quia valet argumentum de re ad personam. &c.*

Desto infiero, que D. Pedro no renunciò el drecho q̃ era de Don Francisco, sino el suyo propio, como consta del reconocimiento, ibi: *la vendicion a mi fecha, el drecho a mi adquirido*, y por este drecho se obligò por si; y los suyos herederos, y successores a no contrauenir; por lo qual Don Francisco nunca ha inpugnado, ni ha pretendido reuocar lo que su Padre hizo, sino que vino a pedir lo que a el se le vendiò, quod longe diuersum est, y suplico se considere.

Tampoco fue visto por aquella clausula puesta en la vēdiciō: *y a quien vos, y ellos mas querreis respectiue* darles facultad la vēdedora a cada vno delos cōpradores de agenar como les pareciesse, porq̃ esso no podia ser sin manifiesta contradicion, supuesto que como se ha fundado tanto drecho se le adquiriò al vltimo successor llegado el caso, como al primero, pues succesiuamente vno despues de otro estauan llamados, tanquam si fideicommissum absolutum, seu perpetuum fuisset adiectum, y como si cada vno a solas fuera el comprador. Et incontinenti nemo præsumitur se corrigere, *l. non ad ea 88. de cond. & demonst. Casanate cons. 38. num. 29. & cons. 53. n. 64. Valenzuela cons. 63. n. 186. Alc. præs. reg. 1. præs. 28. Menoch. lib. 4. præs. 165. n. 4.* & ratione huius implicationis vitandæ, multa in iure admit-

mittuntur, *Ramonia conſ.78.num.5.& 6.conſ.100.n.290. Tuſch.lit.C.concl.144.Fuſar.q.455.num.11.& q.476. num.3.Caſt.conſ.43.Caſtillo lib.4.cont.cap.37.num.1.& ſeq.Font.clauſ.4.gl.25.n.25.& ſeq. Maſc.concl.1083.& 1423. Mantica lib.12.tit.1.n.2.& 3. Port.verbo alternatiua n.13. Seſſe deciſ.237.n.8.& 9.& deciſ.397.n.28.* ſemperq; faciẽda eſt interpretatio, ne abſurdum ſequatur, etiam ſi à propria verborũ ſignificatione recedamus, *Aym.conſ. 70.n.4.& 5.Surd.conſ.85.num.27.lib.* 1. *Alex. conſ.* 17. *n.7.lib.7.Ruin.conſ.42.à nu.8.* quod idem de Foro procedit, *Obſ.Item,ſuper tit.de citatione, Mol.verbo* *Forus*, vbi *Port.num.56.Pertuſa in Obſ.nota quod ſecundum, tit.de fide inſtrum.*

A mas de que eſtas palabras las puſo el Notario por el comun eſtilo que obſeruan en las vendiciones, aunque nunca lo digan los contrayentes, *vendo para vos, y los vueſtros, y para quien vos, y ellos de aqui adelante mas querreis, ordenareis, y mandareis*, con q̃ no ſe pudo alterar la ſuſtancia del acto, verba enim in inſtrumentis appoſita quę ſunt ipſius Notarij non poſſunt in aliquo officere, *Ramon. conſ. 28.num. 27.* ni obran nada quando reſulta contradiccion, y repugnancia, ex *Alex.conſ.*121.*nu.*11.*lib.*1.*Ant.Gabr. in ſuis concluſ.tit.de clauſ.concl.4.num.3. Honded. conſ. 83. num. 60. volum.* 1. Y para que tampoco ſe diga que fueron ſin efecto, o queramos euitar la ſuperfluidad, hallaremos que tambien pudieran obrar, de que cada vno diſpuſieſſe a ſu voluntad, y como le pareciesse, quanto a ſu perjuizio, y mui libremente en caſo que faltaſſen los llamados, pero no en daño dellos, que eſſo fuera deſhazer en vna palabra todo lo que cõ particular preuencion y acuerdo auia diſpueſto primero, repitiendolo para mayor corroboracion muchas vezes, como ſe dexa ver por el diſcurſo largo de aquel inſtrumẽto, argum.tex.in *l.ſi quãdo,C.de inoff.teſt.Neque enim credendum eſt* (dixo el Emperador) *Romanum Pontficem, qui iura tuetur huiuſmo-*

di

di verbo totam obseruationem testamentorum multis vigilijs excogitatam, atque inuentam velle euerti. Inaniaque & illusoria omnia illa redderentur, eo ipso, quod primus emptor bona libera ab omni vinculo fuisset habiturus: cum his quæ de repugnantia in vna, & eadem præsertim scriptura omni interpretatione euitanda, notant DD. in *l. vbi repugnantia de R. I.* & per *Sim. de Prat. de interp. vlt. volunt. lib.* 1. *interp. 1. dub. 4.*

Menos obsta la presumcion que la parte contraria induce (por estas condiciones y vinculos, y mayormente por la confession de Don Pedro Altarriba, y que su hijo Don Francisco era niño de seis, ò ocho años, quãdo aquel acto se otorgò, y no tenia bienes, ni hazienda propia para pagar el precio) de que se hizo en confiança, ò por otros fines particulares: porque en Aragon està por Fuero excluida la excepcion non numeratæ pecuniæ, quando in instrumento confitetur, *obs. Item exceptio non num. de probatio.* y no es nueuo de Fuero, y drecho el comprar vno con su propio dinero a beneficio de otro, & viceversa con dinero que no es suyo comprar para si, *l.* 1 *l. mancipia. l. multum interest, & l. fin. C. si quis alteri, vel sibi,* vbi *Bald. & alij,* & *cons. 67. num.* 1. *lib. 5. Bart. in l. & si instrumentum, C. de fide instrument. & iure hacta Fiscalis lib. 10.* y subtilissimamente *Ant. Fab. in suo C. ad d. tit. si quis alteri, vel sibi, dif. 10. Grat. discept. 160. num.* 1. ò en otra manera adquirir aun para los que no han nacido, como lo prueua *Mol. d. lib. 1. de Hisp. primog. cap. 1. num. 16. & 17.* y mejor en Aragon, por el Estatuto, quod standum est chartæ, ex quo absenti, furioso, existenti in vtero, & infanti ex venditione, & alijs contractibus acquiritur; porque vale todo aquello, quod non est imposibile, vel contra naturam, *Sesse decis. 237. num. 1.* De que infieren todos, y lo dize la *d. l.* 1. que los herederos, ni acreedores del que diò su dinero, y comprò a beneficio de otro, no pueden pretender hipoteca, ni otro drecho alguno, sino es vna accion personal para

rà el precio, quando lo pagaron con intencion de repetirlo: y ansi, aunque creamos que el hijo no tenia capacidad para contraer, ni dinero para comprar, no por esso dexò de ser solemne el contrato, y mas en Aragon, quod alteri per alterum obligatio, & actio quæritur, *Sesse decis. 298. num. 13. Port. verbo Instrumentum, num. 86.* ni despues le pudo quitar el drecho, que ya con efecto se auia radicado en el, vt in confessione cedentis, vel venditoris, ferè in hisce terminis, quod numquam noceat emptori, seu cessionario, nec alicui tertio obseruant omnes, vt latè *Masc. de probatio. concl. 374. per tot. Rol. vol. 2. cons. 58. num. 12. Afflictis decis. 163. ad fin. Surd. cons. 22. num. 36. Paulus de Castro cons. 134. per tot. & præcipuè num. 2.* & probatur *in l. facta 64. §. si hæres ad Treb.* vbi *Bart. & DD.* & ex nostris *Monter decis. 25. num. 50. Casanate cons. 9. num. 53. Sesse decis. 414. num. 26.* y mejor en la *decis. 170. in princ.* dizelo tambien el *Fuero vlt. de vsuris*, ibi: *Aya de jurar a preiudicio suyo, Mol. verbo Venditio, fol. 328. col. 1. vbi Port. num. 79.* & ex regula quod alteri per alterum deterior conditio inferri nequit, *Sueltes cons. 90. num. 3.*

El poner vinculos y condiciones en vn contrato, tampoco induce sospecha, pues no ai cosa mas ordinaria en drecho, vt videre est in *titulis, & Rub. de pactis inter empt. & vẽd. & de lege comissoria*, & similibus, y mucho menos en este Reino, quod standum est chartæ, *obs. 1. de equo vulnerato*, vt iam diximus.

Y quando nos quedaramos con algun escrupulo, y no estuuiera tan satisfecho el animo de que fue verdadera, ò que Doña Isabel huuiera adquirido algun drecho por la cancellacion, el auer buelto a ratificarse en el Codicilo, le dio nueuo ser, y confirmacion, pues declara, que aquella era siempre, y auia sido su voluntad, que es lo tercero, y lo vltimo, con que darè fin a esta alegacion.

Por manera, que si la vendicion fue valida, el señor de Huerto tiene oy por ella legitima inclusion, y drecho al

D lu-

si este codicilo el por si es invalido como puede el obrar por esta ni dar drecho ni revalidar lo que es invalido

lugar de Alfocea, y sino lo fue, tambien lo tiene por el testamento de Doña Isabel Diez de Aux, supuesto que en su Codicilo con expressas palabras mandò que se obseruasse, y cumpliesse.

es certissimo esto quando el referente es poderoso en sua natura ad illudes efectu

Y es mui conforme a drecho, no solo en legados, sinò tambien en instituciones de herederos, y aunque sea en mayorazgos, el disponer refiriendose a lo escrito en vna cedula, ò papel suelto, como se prueue la identidad del relato, *Molina de primog. lib. 2. cap. 8. num.* 10. & 11. ibi: *Ex eisdem etiam probatur, non solum valere Maioratus institutionem in scriptura priuata cum partis subscriptionem factam, sed etiam in schedula priuata manu institutoris, vel alterius scripta, absque die, mense, nec anno, nec etiam eius subscriptione, nec aliqua solemnitate: dum tamen institutor illius primogeny formam in alia scriptura authentica obseruari praceperit* (como aqui fue el testamento y codicilo) *ad ipsamque schedulam dispositionem ipsam retulerit, constetque liquido eam schedulam esse illam ad quam institutor suam voluntatem, atque dispositionem dixerit.* Y prosigue prouandolo con muchas dotrinas, vt solus ille valeat pro cunctis; luego si vn papelote que no es nada llega a cobrar tanta fuerça, que consiste en èl la succesion de vn grande Mayorazgo, con quanta mayor razon serà justo que se cumpla la voluntad de Doña Isabel en lo que antes auia dispuesto con vn instrumento y escritura autentica, que por si prueua plenamẽte?

Y como es cierto, que no valiendo la vendicion, pudiera Doña Isabel dexar aquellos bienes en su testamento à quien le pareciesse, sin que en esto entienda se ponga duda. Ansi mismo por la regla, quod relatum est in referente, cum omnibus suis qualitatibus, deue obrar aquella manda, como si lo huuiera dicho, ò repetido en el codicilo, vnde non est dare medium, pues con qualquiera acontecimiento se halla ser heredero, ò successor el de Huerto en los bienes que se pleitean.

todo es cierto si el referente es valido pero no lo fue el codicilo ni con el se puede incluir el de Huerto aunque el prestam.te embiera en el todos los vinculos de la vendicion

Y si

Y si bien se me replica, que en la lite pendente no se incluyò mi parte con el codicilo, sino tan solamente con la vendicion:sin embargo parece deue oi V. S. admitirle con qualquier titulo que viniere. La razon es, porque en este processo no litiga como Actor,sino como Reo, citado, y conuenido por la parte contraria, y ansi como tal podra excibir y defenderse por todos los medios que pudiere,aū que sean contrarios,*cap.nullus pluribus, de re iud. l. nemo ex his,ff.eod.tit.* & *l.nemo de exceptio. Rom.cons.433.nu. 1.Ant.Gomez,in l.45.Tauri. num.97. Calder. cons.219. vers.Item proponitur, Dec. in cap. Pastoralis de except. num.*13.y en aprehension lo prueua *Port.in §.apprehensio el 3.num.*31. ibi: *Quoniam licet oppositionem pro diuerso iure ab apprehenso offerre nequeat,excipere tamen contra alios oppositores non prohibetur.* Y en los numeros siguiētes, dize, hablando en el processo de Firmas, quod etiam agendo, puede de nueuo deducir, ò alegar qualquier drecho,como aya capacidad en la aprehension.

Supuesto lo dicho, y que el señor de Huerto viene con sentencia desta Real Audiencia, confirmada en la Corte, donde se ha juzgado por los mismos meritos, y que oi tiene mas,el drecho del codicilo, que para mayor corroboracion,y prueua de verdad se ha exhibido. En el se manifiesta mas claramente la voluntad de Doña Isabel, en que los hijos y descendientes de Don Pedro Altarriba le succedieran,pues no solo ratificò la vendicion, sino que aun viuiendole Don Luis su hijo,nombrò heredera a Doña Isabel de Altarriba,hermana de Don Francisco, porque sabia que por el vinculo puesto en ella, le auia aquel de suceder primero: y en caso que faltasse, quiso que su sobrino Don Francisco,y su hermana,el vno como comprador,y el otro como heredero prefirierā a todos los demas parientes. De suerte,que si atendemos a la voluntad de la testadora,la hallamos tan en nuestro fauor,como se dexa ver por la vendicion,por el testamento,y codicilo:si al parentesco, y cō-

ser-

ſeruacion de la familia por los Diez de Aux, Don Francico fue hijo de Doña Iuana Frãcisca Diez de Aux, y oi viene a ser su nieto el de Huerto. Con que se excluye qualquier sospecha de simulacion, pues ni es creible, que si se hiziera en fe, se pusiera a fauor de vn infante, y de los que no auian nacido. Sub censura. Zaragoça a 20. de Enero 1644.

Orencio Luis Zamora.